

3226

359



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B**

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011).

REF: EXPEDIENTE No. 680012315000200503382-02

NÚMERO INTERNO 1406-2010

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

**ACTOR: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ
VALENCIA DE BUCARAMANGA – EN LIQUIDACIÓN**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander inaplicó las cláusulas quinta, literal a), y sexta, incluido su parágrafo 1º, de la Convención Colectiva de Trabajo vigente al año 1996; declaró la nulidad del acto demandado; ordenó reconocer y liquidar la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985; y, negó las demás pretensiones de la demanda formulada por la E.S.E. Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga – en Liquidación contra Oliva Quintero.

LA DEMANDA

La E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA DE BUCARAMANGA, en liquidación, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Santander:



A. Inaplicar por vía de excepción de inconstitucionalidad:

- El literal a) de la Cláusula Quinta y la Cláusula Sexta de la Convención Colectiva de Trabajo vigente en el año 1996.

B. Declarar la nulidad del siguiente acto:

- Resolución No. 0948 de 30 de diciembre de 1996, proferida por el Gerente de la E.S.E. Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, por la cual se le reconoció a la señora Oliva Quintero la pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$542.862,00, a partir del 27 de diciembre de 1996, en cuanto se concedió sin acreditar la edad exigida, en un porcentaje del 100% y con factores no autorizados por la Ley.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- Ordenar que la E.S.E. reconozca la pensión de la que es beneficiaria la accionada dentro del régimen legal de transición a partir del 10 de julio de 2005, en cuantía legal, aplicando los factores legales y hasta que el ISS asuma la totalidad de la prestación, en aplicación de su régimen pensional interno.
- Declarar que la accionada le adeuda a la E.S.E la suma de \$94'029.960,00, por concepto de mesadas pensionales reconocidas y pagadas sin tener derecho a ellas, más las que resulten al momento de la suspensión del acto impugnado o de la culminación del proceso, y ordene su pago con inclusión



de la corrección monetaria según la variación del I.P.C. y en los términos establecidos en el artículo 179 del C.C.A.

- Condenar a la accionada a pagar las costas procesales en caso de que se oponga a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

La señora Oliva Quintero nació el 10 de julio de 1950 y laboró al servicio del Hospital del 1º de agosto de 1971 al 27 de diciembre de 1996, de manera ininterrumpida, primero en el cargo de Oficios varios y luego como Operadora de Conmutador, a partir de septiembre de 1988 (empleo homologado a Secretaria).

Al momento del reconocimiento de la prestación ostentaba la condición de empleada pública, pues las funciones que cumplía en el cargo de Operadora de Conmutador, al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1335 de 1995, *"las cuales diferían absolutamente de las labores de mantenimiento de planta física hospitalaria y servicios generales a que refiere el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990."*

La E.S.E. sólo hasta el 1º de enero de 2001 adoptó su manual de funciones, pero con anterioridad se aplicaba el Decreto 1335 de 1990, en el cual se puede observar que el cargo desempeñado por la demandada repercutía en los objetivos esenciales de la entidad, lo cual confirma su calidad de empleada pública.

El Hospital fue transformado en Empresa Social del Estado mediante Decreto Departamental No. 0096 de 14 de agosto de 1995, razón por la cual, las personas vinculadas se clasifican en



empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

Las entidades hospitalarias del Departamento, entre ellas la E.S.E. Hospital Universitario Ramón González Valencia, suscribieron negociaciones colectivas desde 1970, siendo la última la de 1995.

Desde la Convención de 1986 una cláusula estableció una lista de trabajadores oficiales, desbordando la categoría de labores de mantenimiento y sostenimiento, y a continuación se disponía que quienes desempeñaran dichos cargos tendrían derecho a presentar y negociar pliegos de peticiones, así como también a suscribir convenciones colectivas.

Una de aquellas prerrogativas de los trabajadores que se encontraran desempeñando los cargos enlistados en la Convención Colectiva, era precisamente la de acceder a la pensión plena de jubilación; la cual, de conformidad con lo establecido en la cláusula trigésima sexta, se reconocía con: (i) 20 años de servicios y 55 años de edad el hombre o 50 años de edad la mujer; o, (ii) 25 años de servicios a la institución y 47 años de edad el hombre o 45 años de edad la mujer; o, (iii) 10 años de servicio a la institución, si se ingresó con anterioridad al 1º de enero de 1978, y 53 años de edad el hombre o 48 años de edad la mujer.

En la misma cláusula se dispuso que la prestación ascendería al 100% del salario promedio devengado durante el último año, incluyendo como factor salarial los siguientes conceptos: salario básico, prima de alimentación, prima semestral, prima de



antigüedad, vacaciones, prima de vacaciones, horas extras y recargos nocturnos, dominicales y festivos, prima de navidad y auxilio de transporte. Precisó la parte demandante:

"DÉCIMO SEGUNDO. *La regulación pactada para el reconocimiento pensional le fue aplicada en forma ilegal a los empleados públicos de la entidad, dada la clasificación irregular que se acordó en la cláusula quinta, desconociéndose flagrantemente la competencia exclusiva del legislador en materia de clasificación de empleos y por ende extendiendo beneficios convencionales a un personal sometido por el carácter de sus funciones a un régimen salarial y prestacional legal y reglamentario."*

La aplicación de las disposiciones convencionales a empleados que por la naturaleza de sus funciones no podían ser beneficiarios de ellas fue suspendida en el año 1993, lo cual generó un conflicto laboral de grandes proporciones a nivel hospitalario en todo el Departamento. Como consecuencia de los arreglos parciales a los que se llegó para superar dicha situación, se expidieron por la Secretaría de Salud Departamental las Circulares de 29 de junio y 23 de agosto de 1993, por las cuales se insertó un listado de personal vinculado antes de 1982 a quienes se les dio la denominación de empleados públicos con derechos convencionales y quienes se beneficiarían de las disposiciones pensionales extralegales vigentes a diciembre de 1992.

Dentro del clima anteriormente referido, se profirió Laudo Arbitral el 6 de agosto de 1993, el cual no efectuó pronunciamiento alguno sobre la clasificación de cargos contemplada en la convención colectiva.

Posteriormente la Resolución No. 2032 de 29 de diciembre de 2003, proferida por la E.S.E., ordenó la eliminación de cualquier beneficio



convencional a los empleados públicos; y, en consecuencia, la sujeción estricta del régimen salarial y prestacional legal.

Ahora bien, por acreditar 46 años de edad y más de 25 años de servicios la señora Oliva Quintero solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación regulada en la cláusula trigésima sexta de la Convención Colectiva de Trabajo, la cual no le era aplicable por ostentar la condición de empleada pública.

A pesar de lo anterior, mediante la Resolución No. 0948 de 30 de diciembre de 1996, la E.S.E. le reconoció la prestación a partir del 27 de diciembre de 1996 y en cuantía de \$542.862,00, equivalente al 100% del promedio salarial del último año, incluyendo como factor salarial el sueldo básico, la prima de alimentación, el subsidio de transporte, recargos, bonificación, prima de navidad, prima de servicio y prima vacacional.

Dicho reconocimiento transgredió la Ley 33 de 1985 y el Decreto 1158 de 1994, el cual regula los factores salariales a computarse para efectos de determinar el monto pensional de la accionada. Preciso la E.S.E.:

"VIGÉSIMO. De haberse realizado legalmente el reconocimiento de la prestación al demandado (a), se le habría reconocido una vez acreditara 55 años de edad con 20 años de servicios, es decir a partir del 10 de JULIO de 2005 y en un porcentaje legal, según la Ley 33 de 1985, que es del 75% del promedio de los salarios devengados en el último año aplicando exclusivamente los factores salariales previstos en (sic) 1158 de 1994, (...)"

Desde el año 1974 la E.S.E. ha venido realizando los aportes para pensión al Instituto de Seguros Sociales, incluso con posterioridad al reconocimiento de la pensión a la accionada, con el objeto de que



acreditados los requisitos legales le fuera reconocido el derecho a la pensión de vejez.

Teniendo en cuenta que la accionada es beneficiaria del régimen de transición le corresponde a la entidad hospitalaria el reconocimiento de la prestación con fundamento en la Ley 33 de 1985, la cual será compartida posteriormente por el ISS, entidad esta que la reconocerá una vez se cumplan los requisitos para acceder a la misma al tenor de su régimen interno.

Actualmente la E.S.E. le está cancelando por concepto de mesada pensional la suma de \$1'393.777,00.

Por Decreto Departamental No. 0023 de 4 de febrero de 2005 se ordenó la supresión y liquidación de la E.S.E. Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, debido a la crisis económica por la que atravesaba, generada en parte por los reconocimientos extralegales que se efectuaron ilegalmente a un número considerable de funcionarios en materia prestacional.

Dentro del Convenio de Desempeño No. 266 de 23 de diciembre de 2000 celebrado en el marco del Programa de Reorganización, Rediseño y Modernización de la red de Prestación de Servicios de Salud, el Ministerio de la Protección Social estableció como obligación de la institución adelantar las acciones pertinentes contra las pensiones reconocidas de manera ilegal.

Finalmente, en los términos de lo establecido en el artículo 136, numeral 2º del C.C.A., la presente acción no se encuentra caducada.



LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política de 1886, los artículos 62 y 76, numerales 9º y 10º.

De la Ley 153 de 1887, los artículos 9º, 12 y 14.

Del Plebiscito de 1957, el artículo 5º.

Del Decreto No. 3135 de 1968, el artículo 5º.

Del Decreto 1848 de 1969, los artículos 1º, 2º y 3º.

Del Decreto 694 de 1975, el artículo 2º.

De la Ley 6ª de 1945, el artículo 7º y 22.

De la Ley 33 de 1985, los artículos 1º y 3º.

De la Ley 62 de 1985, el artículo 1º.

De la Ley 10 de 1990, el artículo 26.

De la Constitución Política de 1991, los artículos 150, numeral 19, literales e) y f) y 243.

De la Ley 4ª de 1992, los artículos 1º, 10º y 12.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 1º, 2º, 11, 18, 35, 36 y 289.

El Decreto 1014 de 1994.

Del Decreto 314 de 1994, los artículos 2º y 3º.

El Decreto 691 de 1994.

Del Decreto 1158 de 1994, el artículo 1º.

Del Decreto 1569, el artículo 15.

Consideró la E.S.E. accionante que el acto administrativo demandado en nulidad vulneró las disposiciones antes referidas, por cuanto:

- La clasificación de los empleos existentes en la estructura estatal es competencia del Congreso y, en algunos eventos, del Gobierno cuando está facultado para ello. En términos generales, dicha



categorización se encuentra establecida en los artículos 5º del Decreto 3135 de 1968 y 1º, 2º y 3º del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

Concretamente, en el sector salud la definición de dicho tópico se consignó en el Decreto Ley 694 de 1975 y posteriormente en la Ley 10 de 1990, artículo 26 y en la Ley 100 de 1993, artículo 195. Con base en estas disposiciones, son trabajadores oficiales, exclusivamente, aquellos que desempeñen cargos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales.

Las cláusulas convencionales que definieron quiénes ostentaban la condición de trabajadores oficiales y, en consecuencia, eran beneficiarios de estos pactos, son ilegales, pues usurparon la competencia de las autoridades constitucional y legalmente establecidas, así como los criterios para su definición. Al respecto, precisó la parte actora:

"Dicha conclusión se deriva del detenido análisis de las funciones asignadas a los cargos relacionados en la Cláusula Quinta de la Convención Colectiva, donde se hace evidente que no todos los cargos allí enumerados, se encuentran cobijados bajo los criterios de construcción y sostenimiento de obras públicas o mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales que refiere el decreto 3135 de 1968 y la Ley 10 de 1990, razón por la cual la condición de trabajadores oficiales que pretende otorgar la cláusula sexta a todos los cargos que se enumeran en la cláusula quinta contrarían abiertamente la regulación impuesta legalmente sobre la materia."

- Tanto en vigencia de la Constitución Política de 1886 como de la actual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 150, numeral 19, literal e), la competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional



de los empleados públicos no ha recaído en autoridades del orden territorial y mucho menos en los propios trabajadores a través de convenciones colectivas; por lo anterior, las cláusulas quinta y sexta del instrumento negocial referido, son inconstitucionales e ilegales, pues usurparon dicha competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es viable alegar la existencia de derechos adquiridos con base en cláusulas convencionales, en la medida en que no provienen de una fuente legalmente reconocida. Al respecto precisó la parte actora:

"En conclusión la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, no se da en el acto administrativo atacado, toda vez que las situaciones adquiridas se hicieron bajo vigencia de un acuerdo convencional que para el caso de los empleados públicos excedía el marco constitucional y legal vigente en materia prestacional y salarial."

- Bajo los anteriores presupuestos, esto es, que la accionada se desempeñó como empleada pública pues las funciones de operador de conmutador no se enmarcan dentro del concepto que doctrinal y jurisprudencialmente se tiene de trabajador oficial, y que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es legal, ha de concluirse que su régimen salarial y prestacional es el contemplado en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al amparo de la referida normatividad, la prestación debió reconocerse cuando acreditara 55 años de edad, en un 75% y sobre los factores sobre los cuales se cotizó para el reconocimiento pensional. Al no haberse actuado de dicha forma, se puede aseverar que el reconocimiento pensional efectuado a la señora Oliva Quintero se encuentra viciado de nulidad.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Corrido el traslado ordenado mediante Auto de 17 de marzo de 2006 para que la señora Oliva Quintero interviniera en la presente acción, la referida pensionada contestó la demanda incoada oponiéndose, de forma muy escueta, a las pretensiones de la demanda, aceptando como ciertos algunos hechos y afirmando que era viable que la convención colectiva estableciera el reconocimiento de la pensión de jubilación, pues precisamente era un beneficio extralegal (Fls. 151 a 153 del expediente principal).

DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Mediante el Auto de 17 de marzo de 2006 el *a quo*, adicionalmente, ordenó la suspensión provisional del artículo 1º de la Resolución No. 0948 de 30 de diciembre de 1996, únicamente en relación al monto pensional reconocido a la señora Oliva Quintero, específicamente en cuanto accedió a la prestación en un monto superior al 75% de los factores pensionales que percibía.

Decisión confirmada mediante Auto de 30 de abril de 2008 el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B (fls. 154 a 161 del cuaderno No. 2).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander, mediante Sentencia de 10 de diciembre de 2009, decidió (fls. 215 a 225 del cuaderno principal):

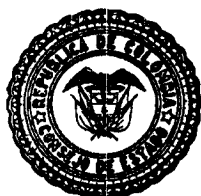


- Inaplicar por excepción de inconstitucionalidad las cláusulas quinta, literal a), y sexta, incluido su parágrafo 1º, de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el año 1996;
- Declarar la nulidad de la Resolución No. 0948 de 30 de diciembre de 1996;
- Ordenar a la E.S.E. conceder y liquidar, a partir de la ejecutoria de la Sentencia, la pensión a la accionada en un monto del 75% del salario que sirvió de base para efectuar aportes durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores previstos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985;
- Negar las demás pretensiones.

Fundamentó la decisión en las razones que a continuación se exponen:

Previamente a abordar el fondo del asunto el *a quo* sostuvo que en el presente asunto era viable que la E.S.E. demandara su propio acto y que, ante la ausencia de autorización del particular para reducir su prestación, vinculara como demandada a la señora Oliva Quintero, con el objeto de que dentro del trámite judicial defendiera sus derechos.

Posteriormente, afirmó el Tribunal que en vigencia tanto de la Constitución Política de 1886 como de la Carta Política de 1991, la competencia para regular el régimen prestacional de los empleados públicos, del cual hace parte la pensión de jubilación al tenor de lo



establecido en la Ley 6ª de 1945, no ha recaído en las Corporaciones Públicas del orden territorial.

A su turno, afirmó que la clasificación de los servidores públicos ha sido también competencia reservada a la Constitución y a la Ley, tal como se observa en el Decreto 3135 de 1968, artículo 5º, Decretos 1050 y 3130 de 1986, Decreto 694 de 1975, Ley 10 de 1990, y Ley 100 de 1993, artículo 195. En este sentido, precisó el *a quo*:

"De lo anterior, se desprende que el cargo de OPERADORA DE CONMUTADOR, inexorablemente corresponde a la naturaleza de un empleo público que de ninguna manera puede ser beneficiario de una Convención Colectiva de Trabajo."

Por otra parte, debe afirmarse que el régimen pensional aplicable a los servidores públicos ha sido regulado por la Ley 6ª de 1945, artículo 17, el Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969, la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, siendo de resaltar que en esta última se consagró un régimen de transición, artículo 36, y la protección de derechos adquiridos conforme a disposiciones territoriales, artículo 146, la cual debe entenderse extendida hasta el 30 de junio de 1995.

Concretamente en el presente asunto, continuó el Tribunal, en atención a la fecha de nacimiento de la señora Oliva Quintero y del tiempo de servicios prestados a la E.S.E., se observa que para el momento de entrada en vigencia del sistema general de pensiones en el sector territorial no contaba con derecho pensional adquirido, empero, sí reunía los requisitos para acceder, en virtud del régimen de transición, a la pensión con fundamento en las normas que con



anterioridad a la Ley 100 de 1993 le amparaban su situación pensional, esto es, la Ley 33 de 1985. Continuó el *a quo*:

"La accionada adquirió su derecho a la pensión sólo hasta el 10 de julio de 2005; de ahí que la Sala estime que la pensión de jubilación demandada no tiene el carácter de derecho adquirido, toda vez que se concretó con posterioridad al límite previsto en el artículo 151 de la ley 100 de 1993."

Por lo anterior, se concluyó que había lugar a declarar la nulidad deprecada, así como también la excepción de inconstitucionalidad; agregándose que, en atención a lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A., no había lugar a condenar a la parte demandada a reintegrar sumas de dinero por las mesadas pensionales percibidas de buena fe. Agregó el Tribunal:

"En ese orden de ideas, era a partir del 10 de julio de 2005, la fecha en la que debió liquidarse la pensión de la parte accionada, tomando como base el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, teniendo en cuenta los factores salariales previstos en el artículo 1º de la ley 62 de 1985, que modifica el artículo 3º de la ley 33 de 1985."

Finalmente, sostuvo el Tribunal, no hay lugar a condenar en costas en razón de la conducta asumida dentro del proceso.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso y sustentó recurso de apelación contra la Sentencia del *a quo*, con el siguiente argumento (fls. 227 a 229 del cuaderno principal):

No es viable sostener, tal como lo hizo el Tribunal, que por el hecho de haberse reconocido la pensión con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ella carece de sustento, en la



medida en que se está estableciendo una discriminación que afecta el núcleo esencial del derecho a la igualdad. Precisó la recurrente, que no es viable sostener que:

"(...) para quienes se pensionaron antes de la vigencia de la mencionada ley sus convenciones de trabajo o actos administrativos que regularon en forma especial su pensión son ajustados a la ley, en tanto que quienes no tuvieran esa fortuna quedan proscritos."

Ahora bien, continuó la accionada, la Sentencia con base en la cual el Tribunal negó la aplicación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no regula un supuesto fáctico idéntico al de ella, en la medida en que el pronunciamiento recae sobre un caso en el que la prestación efectivamente se reconoció con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma norma, razón por la cual dicho precedente no es aplicable a su caso ni fundamento de la decisión. Precisó:

"Que yo sepa, el Consejo de Estado no ha estudiado el caso contrario, vale decir, que el derecho a la pensión se diera después de la entrada en vigencia de la ley 100 lo cual, repito, hace el caso diferente al tratado en la jurisprudencia de la UIS."

En el presente asunto, continuó la recurrente, lo importante no es establecer cuándo se reconoció el derecho sino que la Convención Colectiva fue suscrita con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por ello, las disposiciones pensionales contenidas a favor de empleados públicos quedaron saneadas.

Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que el inciso 2º del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 dio un periodo de gracia de 2 años, en el cual, se puede afirmar, ingresó su derecho pensional a su patrimonio. Finalizó la interesada:

"Es por ello que mi cliente no solo tenía expectativas de jubilarse con el régimen especial, sino que en su patrimonio había entrado ese derecho y



se había consolidado. Otra cosa bien diferente es que aún no lo había reclamado o no se le había concedido por parte del hospital, pero igual ya había cumplido con los requisitos establecidos en la convención de trabajo del 91 que, que (sic) no había sido demandada ni declarada nula o retirada del ordenamiento, declaratoria que apenas se viene a hacer en la sentencia que estoy apelando.”.

CONSIDERACIONES

Antes de establecer el problema jurídico a dilucidar, es pertinente resaltar que el juez de segunda instancia está sometido al objeto del recurso incoado contra la providencia proferida por el *a quo*; razón por la cual, no es dable entrar a pronunciarse sobre aspectos ajenos al mismo.

En el presente asunto, la parte apelante fue quien obtuvo en primera instancia un fallo parcialmente desfavorable y, ha de resaltarse, su recurso se limita a la discusión sobre la aplicación del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 a su situación pensional.

Por lo anterior, debe precisarse que el problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad de la Resolución No. 0948 de 30 de diciembre de 1996, de cara a establecer si el reconocimiento pensional allí efectuado con fundamento en normas convencionales puede protegerse a la accionada en virtud de lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Para el efecto se resaltan los siguientes supuestos fácticos y jurídicos:

De la vinculación de la accionada



- De conformidad con el acta de posesión obrante a folio 18 del expediente principal, la señora Oliva Quintero se vinculó al servicio del Hospital San Juan de Dios de Bucaramanga en el cargo de Oficios Varios, el día 3 de agosto de 1971 con efectos fiscales al 1º de los mismos mes y año.

- Posteriormente, según la prueba documental que reposa a folio 19 del expediente principal, la accionada se posesionó, en propiedad, en el cargo de Operadora de Conmutador en el mes de septiembre de 1988.

- Según lo sostenido por la parte accionante en su demanda, el referido cargo cambió denominación al de "Secretaria".

Del reconocimiento pensional efectuado por la E.S.E.

- La señora Oliva Quintero nació el 10 de julio de 1950 (fl. 17).

- Mediante documento de 2 de agosto de 1996 la señora Quintero le solicitó al Gerente de la E.S.E. demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación, acogiéndose a las siguientes disposiciones (fl. 21):

"Hago esta solicitud, ya que en la actualidad tengo cuarenta y seis (46) años de edad; y veinticinco (25) años de servicios al Hospital. Dicha pensión de jubilación solicito me sea concedida a partir del seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996)..

Para efectos de lo anterior, me acojo a lo estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente y adjunto los documentos que se requieren para obtener la Pensión de Jubilación."

- En atención a dicha reclamación, por Resolución No. 0948 de 30 de diciembre de 1996, expedida por el Gerente de la E.S.E. Hospital



Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, se le concedió a la accionada, como Secretaria, la Pensión de Jubilación, en cuantía de \$542.862,00, a partir del 27 de diciembre de 1996 (fls. 23 a 25 del cuaderno principal).

Dicho reconocimiento se fundó, entre otras, en la siguiente consideración:

*"2. Que la **PETICIONARIA**, ha acreditado con los documentos respectivos que llena la totalidad de los requisitos exigidos por la ley para obtener este derecho.*

...

7. Que el inciso 1 del artículo 30 de la ley 10 de 1990 establece que las "Entidades públicas de cualquier nivel administrativo que preste servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa; y las reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el decreto 3135 de 1968, todo sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo-".

Asimismo, se precisó que la accionada laboró al servicio de la E.S.E. por el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 1971 y el 27 de diciembre de 1996 y que la pensión se liquidaría teniendo en cuenta para el efecto los siguientes factores devengados durante el último año:

"Sueldo básico	\$	2.900.022
Prima de Alimentación		432.000
Subsidio de Transporte		176.322
Recargos		1.478.065
Prima de navidad		503.364
Prima de servicio		428.071
Prima Vacacional		483.188
Bonificación		113.312

\$6.514.344

(...)"

Finalmente, el artículo 3º de la parte resolutive del acto de reconocimiento pensional consagró:



"La jefatura de personal de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia, indicará de oficio el trámite correspondiente a la pensión de vejez que puede tener derecho OLIVA QUINTERO como afiliada al ISS, y en caso de que le sea reconocida se descontará dicha pensión de lo otorgado en la presente providencia (en caso de pensión compartida).
(...)"

De los instrumentos que soportaron el reconocimiento pensional de la accionada

- La Convención Colectiva de 1991 suscrita entre el Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, entre otros, y el Sindicato de Trabajadores Oficiales de los Centros Hospitalarios de Santander, con vigencia de un año, del 1º de enero de 1991 al 31 de diciembre del mismo año, y con las siguientes cláusulas relevantes para el tópico estudiado en el presente asunto (fls. 35 a 67 del cuaderno principal):

"CLÁUSULA QUINTA.- CATEGORÍAS Y SALARIOS.

Se establece para la vigencia de la presente Convención las siguientes categorías y salarios:

a) Para el Hospital Universitario Ramón González Valencia.

CATEGORÍA

CARGOS

(...)

VII

\$61.921.00

...

Operador Conmutador

(...)

CLAUSULA SEXTA.- RECONOCIMIENTO DE TRABAJADORES OFICIALES.

Los Hospitales que suscriben la presente Convención Colectiva de Trabajo, reconocen como Trabajadores Oficiales, vinculados mediante contratos de trabajo, amparados por el Código Sustantivo del trabajo, con derecho a presentar, negociar Pliego de Peticiones y firmar Convenciones Colectivas de Trabajo a quienes se desempeñen en los cargos u oficios establecidos en las categorías de la Cláusula Quinta de la presente Convención.

(...)

CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA.- PENSIONES.

Los Hospitales que suscriben la presente Convención Colectiva de Trabajo reconocerán y pagarán las pensiones, como a continuación se reglamenta:

A. PENSIONES DE JUBILACIÓN.

1. NORMAS GENERALES.



- a) *Todos los Hospitales reconocerán la pensión plena de Jubilación a quienes cumplan Veinte (20) años de servicio, cincuenta y cinco (55) años de edad, si son hombres y cincuenta (50) años, si son mujeres.*
- b) *Todos los Hospitales reconocerán pensión plena de jubilación a quienes cumplan veinticinco (25) años de servicio a la Institución, con cuarenta y cinco de edad si son mujeres y cuarenta y siete (47) años si son hombres.*

2. **EXCEPCIONES:**

(...)

- b) *En el Hospital Universitario Ramón González Valencia también se reconocerá la Pensión Plena de Jubilación a quienes cumplan cincuenta y tres (53) años de edad si son hombres y cuarenta y ocho (48) años si son mujeres y hayan laborado diez (10) años en el Hospital, si ingresaron antes del primero (1º) de Enero de mil novecientos setenta y ocho (1.978).*

(...)

3. *La pensión de Jubilación en todos los casos enumerados, se pagará con el ciento por ciento (100%) del salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio. (...).*

- Mediante Circular de 23 de agosto de 1993, remitida por el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Santander – Secretario de Salud Departamental a Directores y Administradores de Hospitales, se dispuso que para las personas referidas en el listado anexo¹, se aplican las siguientes reglas en materia pensional (fls. 78 a 84 del cuaderno principal):

"Quienes se hubieren vinculado antes del 1 de Enero de 1981, se jubilen bajo las condiciones existentes a 31 de diciembre de 1992, así:

- a) *A todos los Hospitales reconocerán la pensión plena de jubilación a quienes cumplan veinte (20) años de servicio, cincuenta y cinco (55) años de edad, si son hombres y cincuenta (50) años si son mujeres.*
- b) *Todos los Hospitales reconocerán pensión plena de Jubilación a quienes cumplan veinticinco (25) años de servicio a la Institución, con cuarenta y cinco (45) de edad si son mujeres y cuarenta y siete (47) años si son hombres.*

(...).

De otros documentos de relevancia en el presente proceso

- Por Decreto No. 00023 de 4 de febrero de 2005, proferido por el Gobernador de Santander en ejercicio de las facultades conferidas

¹ De la lectura de la referida lista no se evidencia con claridad que la accionada esté incluida en el mismo, empero, es indudable que fue beneficiaria del reconocimiento pensional con base en normas convencionales.



por el artículo 305, numeral 8° de la Constitución Política y la Ordenanza No. 055 de 20 de octubre de 2004, se ordenó la supresión de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga. Al respecto, se resolvió (Fls. 2 a 14):

"Artículo 1°. Supresión y liquidación. *Suprímase la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL UNIVERSITARIO RAMÓN GONZÁLEZ VALENCIA DE BUCARAMANGA, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Departamental, dotada de personería jurídica, patrimonio propios y autonomía administrativa, con jurisdicción en todo el territorio del Departamento de Santander, ..., adscrita a la Secretaría de Salud Departamental e integrante del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sometida al régimen jurídico previsto en la Ley 100 de 1993; transformada en Empresa Social del Estado mediante Decreto del Gobernador del departamento de Santander No. 0096 del 14 de agosto de 1995."*

En cuanto al reconocimiento pensional efectuado por la E.S.E., dispuso el referido acto administrativo:

"Artículo 28°. Derechos adquiridos por los pensionados de la Empresa Social del Estado. *Se respetarán los derechos adquiridos por los pensionados que hayan satisfecho los requisitos legales y convencionales exigidos, aunque no se hubiere proferido el acto que declare su exigibilidad.*

Artículo 29°. Revisión de pensiones. *El Liquidador está facultado para realizar las verificaciones y revisiones de las pensiones y si observa que algunas (sic) ellas fueron indebidamente concedidas, se le faculta expresamente para instaurar las acciones judiciales a que haya lugar."*

- Por Resolución No. 002032 de 29 de diciembre de 2003, expedida por el Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga, se ordenó suprimir cualquier beneficio convencional a los empleados públicos, con base, entre otras, en las siguientes consideraciones (fls. 97 y 98 del cuaderno principal):



"1. Que de conformidad a la legislación vigente para el sector salud, se cuenta con la existencia de la Ley 10 de 1990 (...)

2. Que el Artículo 26 de la Ley 10 de 1990, atañe específicamente al personal vinculado a los servicios de salud, y como norma especial que prevalece sobre los estatutos generales relativos al personal.

3. Que la clasificación que establece la norma en mención es la vigente para los servicios de salud existentes en todos los niveles oficiales.

(...)

8. Que al entrar en vigencia las citadas normas, servidores de la institución que hicieron tránsito a empleados públicos gozaban de los beneficios convencionales pactados con el sindicato de TRABAJADORES OFICIALES "ANTHOC", los cuales les fueron conservados.

(...)

15. Que no es del caso conservar beneficios convencionales a aquellos funcionarios que hoy ostentan la calidad de **EMPLEADOS PÚBLICOS** y que antes de la expedición de la Ley 10 de 1990 se veían beneficiados del acuerdo colectivo, habida cuenta de la expiración del plazo inicialmente pactado para la vigencia de la convención que los amparaba. De otra parte y de conformidad al decreto 1567 de 1998 los **EMPLEADOS PÚBLICOS** no pueden beneficiarse de la Convención Colectiva de Trabajo."

Establecido lo anterior, la Sala pasa a resolver el *sub júdece*, en el siguiente orden: (I) Competencia para la fijación del régimen pensional de empleados públicos; (II) Situaciones consolidadas conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993; (III) Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas; y, (IV) Del caso concreto.

(I) Competencia para la fijación del régimen pensional.

El artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991, dispone:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

...

e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

..."



En este orden de ideas, conforme a la Constitución Política de 1991, que no ha otorgado a otras autoridades la facultad de expedir normas sobre prestaciones sociales, corresponde al Congreso fijar las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de la pensión de jubilación de los empleados públicos², por lo que, es ilegal cualquier disposición, referente a: (a) normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regulen la materia; o, (b) convenciones colectivas suscritas por los sindicatos de empleados públicos que establezcan disposiciones relativas a esto tópico, tal como sucedió en el caso de la E.S.E. Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga.

A su turno, la Ley 4ª de 1992, dispuso en su artículo 12:

"El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley."

El artículo 10 de esta misma norma determinó:

"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."

² Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, sostuvo: "El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución."



Así, para efecto del reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación, la E.S.E. estaba y está en la obligación de sujetarse a las normas legales que regulan el régimen pensional de los empleados del Estado, bajo las normas de la Constitución Política de 1991, y no acudir a normas expedidas por esa misma entidad para reconocer pensiones que desbordan los límites legales.

Ahora bien, frente a este mismo aspecto pero en vigencia de la Constitución Política de 1886, consideró la Corte Constitucional en Sentencia C-510 de 14 de julio de 1999, M. P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, que:

"En vigencia de la Constitución de 1886, el acto legislativo No. 1 de 1968 modificó el artículo 76, numeral 9 original de ésta, e introdujo para la materia que él regulaba el concepto de las leyes cuadro del derecho francés, al establecer la competencia del legislador para "...fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleo", al tiempo que le asignó al Presidente de la República la facultad de "... fijar sus dotaciones y emolumentos... con sujeción a la leyes a que se refiere el ordinal 9 del artículo 76...". Al referirse a la competencia del legislador y del Presidente de la República en esta materia, la Corte Suprema de Justicia, en su momento, afirmó que estos artículos tenían que entenderse en el sentido según el cual la Constitución le asignaba al primero la atribución de crear la parte estática y permanente de la administración, mientras el segundo tenía la función de hacerla dinámica, mediante el ejercicio de atribuciones administrativas.

La Constitución de 1991, por su parte, al regular lo relativo a las atribuciones del Congreso de la República, estableció en el artículo 150, numeral 19, literal e), que a éste le corresponde dictar normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular, entre otras materias "el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública." (subrayas fuera de texto)

*El Constituyente de 1991, entonces, conservó el concepto que venía desde la reforma constitucional de 1968, en relación con la necesidad de la existencia de una **competencia compartida** entre el legislador y el ejecutivo en la regulación de determinadas materias, una de ellas la fijación del régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, entre otros servidores del Estado, en donde la función del primero se debe limitar a establecer unos marcos generales, unos lineamientos que le circunscriban al segundo la forma como éste ha de desarrollar su actividad reguladora para los asuntos específicamente señalados por la propia Constitución.*

3.2. En relación con la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, a diferencia de lo que acontecía en vigencia de la Constitución de 1886, en donde el Congreso era quien señalaba la



escala de remuneración de los distintos empleos, hoy, el legislador debe simplemente fijar los principios y los parámetros que el Gobierno ha de tener en cuenta para establecer no sólo la escala de remuneración sino los demás elementos que son propios de un régimen salarial y prestacional."

Por su parte, sobre este tópico la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en Concepto No. 1393 de 18 de julio de 2002, C. P. doctor Flavio Augusto Rodríguez Arce, sostuvo:

"De todo lo anterior, se tiene que antes de la expedición de la Constitución de 1991, conforme a la reseña histórica, el sistema salarial y prestacional de los empleados públicos presentaba las siguientes características:

a. *De 1886 a 1968. Según el texto original del artículo 62 de la Constitución de 1886, la ley determinaba las condiciones de jubilación y el Congreso de la República creaba todos los empleos y fijaba sus respectivas dotaciones (artículo 76.7). (...)*

b. *B) A partir del acto legislativo No. 1 de 1968, el Congreso determinaba las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales (art. 11). Sin embargo, se contempló la posibilidad de revestir "pro tempore" al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para regular la materia (artículo 76.12). En todo caso, es claro que para esa época el régimen prestacional de los empleados públicos de todos los niveles –nacional, seccional o local- tenía única y exclusivamente carácter legal, no siendo viable su reconocimiento mediante actos jurídicos de distinto contenido –acuerdos, ordenanzas, actas convenio o convenciones colectivas."*

En este orden de ideas, en vigencia de la Constitución Nacional de 1886, luego de la reforma del año 1968, cualquier disposición referente a normas de carácter local como ordenanzas, acuerdos municipales, resoluciones o acuerdos de establecimientos públicos, nacionales o departamentales, que regularan el régimen salarial o prestacional de los empleados públicos son contrarias al ordenamiento constitucional y legal; al igual que disposiciones de orden convencional.

(II) Situaciones consolidadas conforme al artículo 146 de la Ley 100 de 1993.



Las situaciones pensionales individuales definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con fundamento en disposiciones municipales o departamentales, a pesar de la ilegalidad de su fuente normativa³, en virtud de lo establecido en el artículo 146 ibídem, deben dejarse a salvo. Al respecto, dispone la norma en cita:

"Artículo 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente Ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido (o cumplan dentro de los dos años siguientes

)⁴ los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente Ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente Ley." (Negrilla y subraya fuera de texto).

Del contenido normativo de la referida disposición cabe precisar los siguientes aspectos:

Bajo el marco de una trascendental reforma al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, promovida a través de la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993, es preciso afirmar que, como materialización de lo ordenado por los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, su entrada en vigencia no conmovió aquellas situaciones pensionales que bajo el imperio de normas anteriores fueron adquiridas y que, en consecuencia, ingresaron al patrimonio de sus beneficiarios. Ilustra con claridad esta situación el tenor literal del artículo 11 de la referida Ley 100 de 1993, así:

³ Por el vicio de falta de competencia.

⁴ Expresión entre paréntesis declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 1997.



“ARTÍCULO 11. Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones, con las excepciones previstas en el artículo 279 de la presente Ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores para quienes a la fecha de vigencia de esta Ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, del Instituto de Seguros Sociales y del sector privado en general.

Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo. Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que les asiste a las partes y de que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”⁵

Sin embargo, no sólo aquellas situaciones merecieron protección por parte de nuestro legislador. En este sentido, se precisó la necesidad de amparar a las personas que tenían una “expectativa cierta” de adquirir su derecho pensional bajo las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que, seguramente, verían afectado su derecho al acceso efectivo a dicha prestación si se hubieran visto cobijados indefectiblemente por el nuevo régimen pensional. Así, bajo dos criterios, edad y tiempo de servicio a la fecha de entrada en vigencia del referido régimen general de pensiones, se consagró el derecho a la transición, el cual garantizó, por un tiempo adicional, la permanencia y aplicabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico de los regímenes pensionales vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993⁶.

⁵ Este artículo luego fue modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, así: “Campo de aplicación. El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes.”

⁶ Artículo 36 de la Ley 100 de 1993.



Ahora bien, además de las dos situaciones descritas, la Ley 100 de 1993 en su artículo 146 consagró **una protección especial** para aquellos que con anterioridad a su entrada en vigencia adquirieron el derecho pensional con fundamento en normas municipales y departamentales. Veamos:

- Tal como se explicó en el acápite anterior, en vigencia de la Constitución Política de 1886 la competencia para la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos recayó en el Congreso; y, en vigencia de la Constitución Política de 1991 recae, de manera concurrente, en el Congreso y en el Ejecutivo Nacional.

Por lo anterior, al referirse la norma objeto de estudio a situaciones pensionales reguladas **por disposiciones del orden municipal y departamental** ha de tenerse claro que: (a) no es la misma situación de aquellos que con anterioridad a la entrada en vigencia adquirieron su prestación con arreglo a la Ley, pues en el presente asunto, se reitera, la pensión se adquirió con fundamento en normas que, a pesar de presumirse legales⁷, contrariaban el ordenamiento jurídico; (b) tampoco es la misma situación de los beneficiarios del régimen de transición, pues las expectativas ciertas que en este caso se pudieran tener provenían de normas ajustadas a la Constitución; y, (c) obedeció a la intención del legislador de no desconocer la situación que se había generado dentro de un marco normativo pensional disgregado.

- A su turno, es válido afirmar que dos son las situaciones pensionales que, a pesar de su **origen ilegal**, merecen protección

⁷ Afirmación predicable respecto de las normas del orden territorial que a su entrada en vigencia conservaban la presunción de legalidad.



por vía de la garantía de las situaciones consolidadas al amparo del artículo 146⁸, así: (i) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial, esto es el 30 de junio de 1995⁹, tuvieran una situación jurídica definida, esto es, que se les hubiera reconocido el derecho pensional; y, ii) la de quienes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el sector territorial hubieran cumplido los requisitos exigidos por dichas normas, esto es, que hayan adquirido el derecho así no se les haya reconocido¹⁰. Frente a esta conclusión, empero, cabe una precisión adicional.

Aun cuando la norma habla de la protección de las pensiones extralegales, fundadas en disposiciones del orden municipal y departamental, adquiridas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que el inciso final ídem dispuso que *"las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley"*, lo cierto es que de una interpretación armónica de todo el contenido de la Ley, y especialmente del artículo 151 de la misma, así como de la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación ha entendido que la fecha última que ha de tenerse en cuenta para determinar la existencia o no de un derecho adquirido es el 30 de junio de 1995. Al respecto, en Sentencia de la Sección Segunda, Subsección A, de 31 de julio de 2008, C.P. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 0218-2008, se consideró:

⁸ Estos dos eventos fueron objeto de pronunciamiento de exequibilidad a través de la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

⁹ Parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰ En el mismo sentido ver la sentencia de esta Corporación, Sección Segunda, Subsección B; de 4 de septiembre de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante; radicado interno No. 0699-2006; actor: Universidad del Valle del Cauca; así como también la Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B, de 16 de febrero de 2006; C.P. doctor Tarsicio Cáceres Toro; radicado No. 2001-04783-01; actor: maría Antonia Solórzano Veloza.



"De conformidad con el artículo transcrito, sin lugar a dudas las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la Ley 100 de 1993 con fundamento en disposiciones territoriales sobre pensiones extralegales continuarían vigentes; asimismo, quienes antes de su entrada en vigencia obtuvieron los requisitos para pensionarse conforme a tales ordenamientos, tendrían derecho a la pensión en las condiciones allí establecidas, en aras de garantizar los derechos adquiridos.

*Respecto de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se tiene, que ésta fue expedida y publicada en el Diario Oficial No. 41.148 el 23 de diciembre de 1993, por lo que de manera general sus efectos se surten a partir de dicha fecha; sin embargo, frente al Sistema General de Pensiones se consagraron dos situaciones de excepción frente a su aplicación inmediata, consistente la primera, en el régimen de transición consignado en el artículo 36 de dicho ordenamiento, que buscó amparar la expectativa de los trabajadores que hubiesen cumplido determinada edad y tiempo de servicios; y la segunda, en un periodo de vigencia diferido establecido por el Legislador en el artículo 151, en virtud del cual se determinó que el sistema regiría integralmente a partir del 1° de abril de 1994, **con excepción de los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, para los cuales entraría a regir a mas tardar el 30 de junio de 1995 o en la fecha en que así lo determinase la respectiva autoridad gubernamental.***

Quiere ello decir, que las situaciones jurídicas que en materia pensional se consolidaron con base en disposiciones municipales o departamentales antes del 30 de junio de 1995 o antes de la fecha en que hubiese entrado a regir el Sistema General en cada Entidad Territorial, se deben garantizar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 citado."

Ahora bien, al tenor del texto original del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, resta abordar un último aspecto.

De conformidad con la parte final del inciso 2° de la referida disposición, también se convalidarían las situaciones pensionales de quienes cumplieran los requisitos exigidos por las disposiciones municipales o departamentales dentro de los 2 años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Empero, dicho aparte, por no avenirse al concepto de derecho adquirido, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, en la que se afirmó:

"Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los



requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

No sucede lo mismo con la expresión contenida en el citado inciso segundo acusado, en virtud de la cual tendrán igualmente derecho a pensionarse con fundamento en las disposiciones señaladas, quienes cumplan "dentro de los dos años siguientes" los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse. A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido. (...). Resaltas fuera de texto.

Por lo anterior, entonces, puede concluirse que el objeto de protección del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, bajo el imperio de la Constitución Política de 1991 y de su intérprete auténtico, recayó sólo en las situaciones consolidadas con anterioridad a la vigencia de la citada Ley.

A pesar de la claridad de dicha afirmación, la operancia de la protección inicial por dos años regulada por la Ley genera un conflicto frente a los efectos de la Sentencia C-410 de 1997, así:

- Los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional por las cuales se decide la declaratoria de inexecutable de una norma, por regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, tienen efectos hacia futuro; salvo que la misma Corte expresamente manifieste los alcances que le da a la misma.

- En el presente asunto la Corte Constitucional reconoció **para efectos de fijar su competencia** que al momento del **fallo los dos años ya habían transcurrido**, pero que podían existir situaciones aún no definidas que se verían afectadas por el pronunciamiento, razón por la cual el mismo era necesario. Al respecto, argumentó:

"Es pertinente precisar ante todo, que aunque el término de dos años fijado en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, a partir de la vigencia de esta para



que los servidores públicos del orden departamental y municipal tengan derecho a pensionarse, ya se cumplió - pues ella entró a regir el 23 de diciembre de 1993 -, es evidente que dicho precepto aún sigue produciendo efectos jurídicos en relación con quienes se encontraban en dicha situación y se encuentran aún en proceso de definición, lo que hace indispensable realizar el examen de constitucionalidad con respecto a la norma demandada.”.

- En la Sentencia C- 410 de 1997 la Corte no moduló los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte en estudio, razón por la cual, ha de entenderse que ellos son *ex nunc*. Lo anterior implica que deben avalarse las situaciones que durante la vigencia del texto inicial del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se adquirieron.

- Por lo expuesto, resulta válido afirmar que no sólo las situaciones que se consolidaron o adquirieron con anterioridad al 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, se reitera, **a pesar de su ilegalidad**, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993; sino también aquellas que se adquirieron antes del 30 de junio de 1997, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexequibilidad efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma.

(III) Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas.

El derecho a la negociación colectiva fue consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

*“Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señala la ley.
Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo.”.*



De dicha disposición lo primero que salta a la vista es que a pesar de ser un derecho constitucional, admite excepciones legales. Y precisamente, uno de los supuestos que se consideró como excepción en la jurisprudencia inicial de la Corte Constitucional fue la relativa a empleados públicos, en atención a lo establecido en el artículo 416 del C.S. del T. Veamos:

- La disposición antes enunciada, expresó:

"Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no pueden declarar o hacer huelga." Negrilla fuera de texto.

- La Corte Constitucional en Sentencia C-110 de 1994 consideró que una de las excepciones al derecho a la negociación colectiva a que hace referencia el artículo 55 de la Constitución Política es precisamente el caso de los empleados públicos, en atención a la naturaleza legal y reglamentaria de su relación y a la trascendencia de su misión en la preservación de los intereses públicos. Al respecto, se precisó en la mencionada providencia:

"La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa."

Ahora bien, el parámetro de análisis normativo del artículo 416 del C.S. del T. se vio modificado con la entrada en vigencia de los Convenios Internacionales de la OIT 151 "sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones



de empleo en la administración pública”, y 154 “sobre el fomento de la negociación colectiva”, adoptados por la Legislación Nacional mediante las Leyes 411 de 1997¹¹ y 524 de 12 de agosto de 1999¹², respectivamente¹³.

Es este sentido, en Sentencia C-1235 de 2005 la Corte Constitucional expresó respecto a la viabilidad de efectuar un nuevo análisis de constitucionalidad sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, que:

“Surge con claridad, entonces, que se está ante un panorama legal distinto al que existía cuando la Corte, en el año de 1994, en la sentencia C-110 de 1994, examinó el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, por un lado, no habían sido incorporados por medio de la Ley, los Convenios 151 y 154 de la OIT, tantas veces citados, y del otro, los cambios introducidos son sustanciales y acordes con la Constitución, por las razones expuestas en las sentencias que aprobaron dichos tratados.”.

En la referida providencia, además, se consideró que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no riñe con el ordenamiento jurídico superior, en la medida en que la negociación colectiva no se identifica con dichos institutos, sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que si pueden ser utilizadas por los empleados públicos. De esta forma, expresó la Corte, deben buscarse mecanismos de concertación que permitan equilibrar la tensión existente entre el derecho de los empleados públicos de intervenir en las decisiones que afectan su ejercicio laboral, por un lado; y, la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas en el orden nacional y territorial,

¹¹ Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-377 de 1998.

¹² Con análisis de constitucionalidad en la Sentencia C-161 de 2000.

¹³ Teniendo en cuenta lo anterior, al amparo de lo establecido en el artículo 53, inciso 4º de la Constitución Política, dichos Convenios forman parte de nuestra legislación interna.



para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria.

Para arribar a dicha conclusión, la Corte Constitucional acudió a una definición de pliego de condiciones como un "proyecto de convención colectiva de trabajo" propuesta por los trabajadores sindicalizados; a la definición de convención colectiva regulada en el artículo 467 del C.S. del T., y a la definición de negociación colectiva expuesta en el artículo 2º del Convenio 154 de la OIT. Al respecto, en la referida Sentencia C-1234 de 2005 se expresó:

"Se puede afirmar, entonces, que la negociación colectiva es el género y la convención colectiva y el pliego de peticiones son la especie, y como especie, pueden ser objeto de algunas restricciones tratándose de ciertos empleados públicos, que "están al servicio del Estado y de la comunidad" (art. 123 de la Carta) y tienen la enorme responsabilidad de hacer cumplir los fines esenciales del Estado, asuntos que están ligados directamente al interés general. Sin que tales limitaciones conduzcan al desconocimiento del derecho."

Adicionalmente, en la providencia referida, la Corte instó al legislador a regular claramente los mecanismos de concertación de los empleados públicos, con el objeto de garantizar su derecho a la negociación colectiva, dentro de los límites que imponen su papel dentro del Estado¹⁴.

¹⁴ "(...) la Corte no desconoce que el problema del ejercicio del derecho de los sindicatos de empleados públicos a la negociación colectiva radica en que no existen mecanismos legales apropiados para hacer cumplir este derecho. Es más, el legislador no ha desarrollado el procedimiento para que estos sindicatos puedan iniciar la concertación, garantizar que las peticiones o los reclamos sean recibidos y atendidos por la administración pública. Ni se ha establecido cuál es la autoridad pública competente para pronunciarse cuando se desconoce, sin motivo el derecho de negociación colectiva. Tampoco existen los mecanismos legales que garanticen que las solicitudes de los sindicatos de empleados públicos, después de la etapa de concertación, se reflejen en los proyectos de ley de presupuesto o en las leyes de carrera administrativa.

Por consiguiente, se comparte la solicitud del Ministerio Público en el sentido de que el legislador debe reglamentar el procedimiento encaminado a reglamentar, en un plazo prudencial, y concertando en lo posible con las organizaciones sindicales de empleados públicos, el derecho a la negociación colectiva de estos servidores, de conformidad con el artículo 55 de la Constitución y con los Convenios 151 y 154 de la OIT debidamente ratificados



De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Empero, tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, voluntaria y libre, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos. En todo caso, dichos mecanismos de concertación deben permitir afianzar un clima de tranquilidad y justicia social¹⁵.

(IV) Del caso concreto.

Establecido el anterior marco normativo y jurisprudencial, la Sala procede a definir la situación concreta de la demandada. Empero, previamente a ello, se precisan las siguientes consideraciones, relativas a aspectos que fueron definidos por el *a quo* y que son relevantes para definir el presente asunto.

De la naturaleza de la E.S.E. y de la calidad de empleada pública de la accionada.

Al respecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, los empleos de las entidades nacionales o

por el país y que hacen parte de la legislación interna en virtud de las leyes 411 de 1998 y 524 de 1999, respectivamente."

¹⁵ Frente al tópico relativo al derecho de negociación colectiva de los empleados públicos ver las sentencias C-110 de 1994, C-377 de 1998; C-161 de 2000, C-201 de 2002, C-1234 de 2005; C-280 de 2007 y C-466 de 2008.



territoriales o de sus entidades descentralizadas dedicadas a la prestación de servicios de salud, son de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción. A su turno, de conformidad con lo establecido en el párrafo de la norma ídem, son trabajadores oficiales:

"(...) quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones."

Por su parte, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 dispuso que la prestación de servicios de salud de forma directa por la Nación o por las Entidades Territoriales se haría por intermedio de Empresas Sociales del Estado¹⁶; las cuales vincularían su personal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 195 íbidem, a través de una relación legal o reglamentaria o a través de una relación contractual, en los términos establecidos en el Capítulo IV de la Ley 10 de 1990¹⁷.

Ahora bien, de acuerdo con el material probatorio allegado al expediente, el Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga se convirtió en E.S.E. en el año 1995, en virtud del Decreto Departamental No. 0096 de 14 de agosto.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en atención a las funciones desempeñadas por la accionada, se evidencia que la señora Oliva Quintero al desempeñar el cargo de Operadora de Conmutador, desde el año 1988, ostentaba la condición de empleada pública al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, así

¹⁶ Las cuales constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

¹⁷ Del cual hace parte el artículo 26 antes citado.



como también del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, a dicha conclusión se arriba por la mera denominación del cargo.

Por lo anterior, se puede afirmar adicionalmente que la prestación reconocida por la E.S.E. a la señora Oliva Quintero no podía sujetarse a lo establecido en disposiciones convencionales, pues, ostentando la condición de empleada pública su régimen prestacional era el legal.

Ahora bien, de conformidad con el material probatorio allegado al expediente también se evidencia que la fuente del reconocimiento prestacional fue la Convención Colectiva de 1991, la cual inicialmente tenía una vigencia de 1 año, y frente a la que la accionada no consolidó derecho alguno ostentando condición de trabajadora oficial, ni tampoco lo hizo durante su vigencia inicial.

Por lo anterior, tal como lo hizo el *a quo* ha de concluirse que la accionada no era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo que se le aplicó a su situación prestacional por parte de la E.S.E. demandante.

De la solución concreta.

Teniendo en cuenta que la accionada fue pensionada en su condición de empleada pública al amparo de disposiciones convencionales, procede la Sala a establecer si se reúnen los siguientes requisitos, con el ánimo de determinar si es viable, a pesar de la ilegalidad del reconocimiento, salvaguardar su situación pensional:



(a) Que su prestación haya sido consolidada o adquirida con anterioridad al 30 de junio de 1995, esto es, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 en el orden territorial; o, adquirida con anterioridad al 30 de junio de 1997; y,

(b) Que su prestación **de orden convencional** se halle dentro de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Frente al primer aspecto, cabe resaltar que la prestación de la señora Oliva Quintero se concedió por acreditar los requisitos de 25 años de servicios y 45 años de edad. Bajo este supuesto se puede afirmar que la accionada adquirió su derecho pensional el 1º de agosto de 1996, fecha en la cual, una vez cumplido el requisito de edad acreditó el tiempo de servicio exigido por la disposición pensional; razón por la cual, al tenor de lo manifestado en el acápite anterior, a pesar de la irregularidad de su prestación, sería viable amparar su derecho con fundamento en lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 pues, se resalta, al momento de la adquisición de su derecho el contenido original del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se encontraba vigente en nuestro ordenamiento jurídico, y, se resalta, sólo fue declarado inexecutable parcialmente mediante Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997.

A pesar de lo anterior, resta por analizar el supuesto (b), esto es, si las convenciones colectivas constituyen uno de los supuestos establecidos en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, de cara a lo extensamente analizado en el aparte (III), se precisa resaltar que al tenor de la referida norma, sólo es viable convalidar reconocimientos pensionales fundados en "*disposiciones*



municipales o departamentales” y las convenciones colectivas no encuadran dentro de dicho supuesto, máxime si, se reitera, al tenor de nuestro ordenamiento constitucional y legal, los empleados públicos no pueden celebrar convenciones colectivas. En este mismo sentido, en providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, de 2 de octubre de 2008, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado interno No. 1458-2007, se consideró:

*“Conforme a la norma transcrita, el Legislador salvaguardó las situaciones jurídicas definidas de carácter particular, pero aquellas que se hayan consolidado con base en disposiciones Municipales o Departamentales, esto es, con fundamento en actos administrativos expedidos por entidades del orden territorial; condición que no cumplen **las Convenciones Colectivas** y la propia Ley, que en el presente asunto, fueron el sustento del reconocimiento pensional, tal como se aprecia en la motivación del acto acusado.*

*Cohherentemente, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 no es aplicable al caso en examen, pues la pensión del demandado no se reconoció con base en disposiciones Municipales o Departamentales, sino en la misma Ley y en **Convenciones Colectivas, que como quedó dicho, no tienen el carácter de disposición territorial.**” Resaltas fuera de texto.*

Por las razones expuestas, en consecuencia, se impone confirmar el fallo el *a quo* en cuanto accedió a las súplicas de la demanda.

Ahora bien, la aplicación de la referida norma en los términos indicados no vulnera el derecho a la igualdad, pues al amparo de lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política las situaciones desiguales deben ser tratadas de forma desigual, y no es lo mismo adquirir el derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de un nuevo sistema pensional con base en normas legales o con base en normas municipales o departamentales que haberlo hecho con base en disposiciones convencionales.



Por este último aspecto, esto es, por el hecho de que no hablamos de derechos adquiridos con justo título, tampoco es viable aplicar en el presente asunto la garantía establecida en el artículo 58 de la Constitución Política, pues en el patrimonio de la accionada no ingresó derecho con título legal alguno.

Finalmente, en atención a que no fue objeto de recurso la forma en que el *a quo* ordenó reliquidar la prestación de la accionada, no es viable efectuar pronunciamiento adicional sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar la pensión de jubilación ordenada; y, en consecuencia, se impone confirmar en su totalidad el fallo recurrido.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, por la cual el Tribunal Administrativo de Santander inaplicó las cláusulas quinta, literal a), y sexta, incluido su parágrafo 1º, de la Convención Colectiva de Trabajo vigente al año 1996; declaró la nulidad del acto demandado; ordenó reconocer y liquidar la pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985; y, negó las demás pretensiones de la demanda formulada por la E.S.E. Hospital Universitario Ramón González Valencia de Bucaramanga – en Liquidación contra Oliva

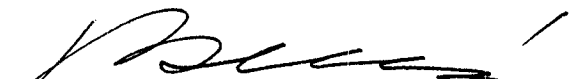


Quintero, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


GERARDO ARENAS MONSALVE


BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ


VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA